

Pubblicato il 23/02/2018

N. 00002/2018 REG.PROV.COLL.

N. 00011/2017 REG.RIC.A.P.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11 di A.P. del 2017, proposto dalla società Safital S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Manzi e Claudio De Portu, con domicilio eletto presso lo studio Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5

contro

Mattioda Pierino & Figli S.p.a. in proprio e quale Mandataria di R.T.I., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Piacentini e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluigi Pellegrino in Roma, corso Rinascimento, 11;
Rti So.Ge.Co. Srl non costituita in giudizio

nei confronti di

Società Autostrade Valdostane - Sav S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Giardini, Manuela Sanvido, Claudio Guccione e Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, 2

per la revocazione della sentenza della Sezione IV di questo Consiglio di Stato n. 1448/2016, resa tra le parti e concernente affidamento dei lavori per la sostituzione di barriera spartitraffico in un tratto dell'autostrada A5

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della società Mattioda Pierino & Figli S.p.a. in proprio e quale Mandataria di R.T.I. e della Società Autostrade Valdostane - Sav S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2017 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Manzi, De Portu, Pellegrino, Guccione, e Corbyons;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Nell'ottobre del 2013 la S.A.V. – Società Autostrade Valdostane S.p.a. ha indetto una procedura ristretta con importo a base d'asta pari ad euro 8.213.115,39 avente a oggetto l'affidamento dei lavori di sostituzione della barriera architettonica spartitraffico tra il Km +816 e il Km +5 (tratto nr. 4.0) dell'autostrada A5 della Valle d'Aosta.

Alla gara, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso, hanno partecipato dieci concorrenti tra i quali, per quanto qui rileva, il raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo Mattioda Pierino & Figli S.p.a. (d'ora in avanti, per brevità, Mattioda S.p.a.) e Safital S.r.l. .

A seguito delle operazioni di gara, l'aggiudicazione definitiva è stata disposta a favore del R.T.I. Mattioda s.p.a., mentre Safital S.r.l. si è classificata seconda.

Avverso tale esito la seconda classificata ha proposto ricorso dinanzi al T.A.R. della Valle d'Aosta chiedendo l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto al R.T.I. controinteressato, del quale ha dedotto – tra l'altro - l'illegittima ammissione alla gara, atteso che, pur avendo indicato di voler subappaltare completamente le opere appartenenti alla categoria dei lavori OS10 (lavori scorporabili a qualificazione obbligatoria), aveva ommesso di indicare il nominativo del subappaltatore.

Il giudice adito ha accolto il ricorso (sentenza n. 18 del 2015), aderendo, tra gli opposti orientamenti giurisprudenziali al tempo formati sull'argomento, a quello secondo il quale è doverosa l'esclusione da una gara pubblica dell'impresa la quale, non essendo in possesso dei requisiti di qualificazione per parte delle opere, abbia manifestato nell'offerta il proprio intento di fare ricorso al subappalto per l'esecuzione delle opere per cui non è qualificata, ma non abbia indicato il soggetto del quale si servirà a tal fine.

Mattioda s.p.a. e So.Ge.Co. S.r.l., rispettivamente mandataria e mandante del R.T.I. concorrente, hanno appellato tale decisione, della quale hanno chiesto la riforma previa sospensione cautelare, reiterando in primis l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per mancata impugnazione del bando di gara nella parte che qui rileva; in secondo luogo lamentando la violazione dell'articolo 46, comma 1-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ('*Codice dei contratti pubblici*') in tema di soccorso istruttorio.

Ciò in quanto, non essendo previsto dalla *lex specialis* che, in caso di subappalto c.d. "*necessario*", il concorrente dovesse indicare in fase di gara il nominativo del subappaltatore, l'esclusione per tale omissione risulterebbe violativa del principio di tassatività delle clausole di esclusione.

L'appellante ha poi lamentato l'erroneità delle statuizioni rese dal primo Giudice per non aver considerato che la normativa di riferimento (articolo 118, comma 2 del decreto legislativo n. 163 del 2006 e articoli 92 e 109 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) non richiede in alcun modo l'indicazione del nominativo del subappaltatore.

Con ordinanza 6 giugno 2015, n. 2707 la Quarta Sezione di questo Consiglio ha sospeso il giudizio e ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione relativa alla sussistenza o meno dell'obbligo di indicazione nominativa del subappaltatore in sede di offerta in caso di subappalto c.d. '*necessario*'.

La Sezione ha inoltre rimesso all'Adunanza plenaria l'ulteriore questione *“se, in relazione all'obbligo di indicazione in sede di offerta dei costi per gli oneri di sicurezza aziendale, affermato anche per gli appalti di lavori dalla sentenza nr. 3 del 2015, sia del pari possibile, per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia esaurita anteriormente al ridetto pronunciamento, ovviare all'eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. soccorso istruttorio, e quindi invitando il concorrente interessato a integrare o precisare la dichiarazione carente”*.

L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 9 del 2 novembre 2015:

- a) ha escluso che la normativa vigente debba essere interpretata nel senso che, in caso di subappalto c.d. *‘necessario’*, il concorrente sprovvisto dei requisiti sia tenuto in sede di offerta, oltre che a dichiarare di voler subappaltare le relative prestazioni, anche a indicare nominativamente il subappaltatore (o i subappaltatori);
- b) ha dichiarato conseguentemente superato il secondo quesito, col quale si era posto il problema di individuare la valenza temporale dell'obbligo di indicare – a pena di esclusione - il nominativo del subappaltatore nel richiamato caso di *‘subappalto necessario’*;
- c) ha escluso, per quanto concerne l'obbligo di indicazione in sede di offerta degli oneri per la sicurezza cc.dd. *‘interni o aziendali’* (già affermato in via generale con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 3 del 20 marzo 2015) che, per le procedure indette anteriormente a tale decisione, potesse farsi luogo al c.d. soccorso istruttorio per le imprese che avessero omesso tale indicazione.

Dopo la restituzione della causa alla Sezione remittente, le parti hanno affidato a memorie l'ulteriore svolgimento delle rispettive tesi.

Con la sentenza 13 aprile 2016, n. 1448 (oggetto del presente giudizio di revocazione) la Quarta Sezione ha respinto l'appello principale della Mattioda s.p.a., ma con motivazione diversa rispetto a quella posta a fondamento della decisione di primo grado (frutto, a sua volta, di una diversa interpretazione del motivo dedotto dalla parte ricorrente) e – per quanto più rileva ai fini della presente decisione – ammettendo una nuova valutazione da parte della stazione appaltante dell'offerta della stessa Mattioda s.p.a.

In particolare il Giudice di appello ha affermato *“[che] la ricorrente in primo grado [Safital] aveva stigmatizzato non già la mancata esclusione in via preliminare dell'offerta del R.T.I. controinteressato, a causa della mancata indicazione degli oneri della sicurezza, bensì l'inadeguatezza della verifica di anomalia dell'offerta risultata aggiudicataria provvisoria, a cagione della mancata considerazione dei predetti oneri fra le voci in tale sede esaminate”*.

Conseguentemente, la sentenza di primo grado è stata confermata per non avere la stazione appaltante svolto la verifica di anomalia in relazione alle indicazioni fornite dalla Mattioda s.p.a. in ordine agli oneri di sicurezza.

La sentenza ha altresì stabilito l'obbligo per la stazione appaltante, a seguito dell'annullamento, di rivalutare in concreto l'offerta della Mattioda s.p.a. .

Al contrario, il Giudice di appello ha escluso che la Mattioda s.p.a. andasse esclusa per l'omessa indicazione in quanto tale degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' (e quindi, per le ragioni su cui si erano incentrate le sentenze di questa Adunanza plenaria numm. 3 e 9 del 2015).

Con la medesima sentenza è stato altresì respinto l'appello incidentale proposto dalla Safital s.r.l. .

Con il ricorso in epigrafe la Safital s.r.l. ha chiesto che questo Consiglio di Stato disponga la revocazione della richiamata sentenza n. 1448 del 2016.

Per quanto riguarda la fase rescindente, la Safital ha lamentato che la sentenza di appello sia viziata:

a) da errori di fatto revocatori (rilevanti ai sensi degli articoli 106 cod. proc. amm. e 395, n. 4) c.p.c.) per travisamento della materia del contendere, per errore di fatto processuale, per errore sull'oggetto del ricorso di primo grado e sul contenuto della memoria di riproposizione dei motivi già articolati in primo grado;

b) da errore di fatto revocatorio (rilevante ai sensi degli articoli 106 cod. proc. amm. e 395, n. 5) c.p.c.) per contrarietà della sentenza con altra resa tra le stesse parti (e, in particolare, per contrarietà con le statuizioni rese da questa Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2015).

Tanto richiesto in fase rescindente, in sede rescissoria la ricorrente ha chiesto che, in accoglimento del secondo motivo di ricorso proposto da Safital s.r.l. al T.A.R. (e riproposto nel giudizio di appello), sia confermata integralmente la citata sentenza del T.A.R. Valle d'Aosta, accertando che il R.T.I. Mattioda – Sogeco avrebbe dovuto essere escluso per mancata indicazione degli oneri di sicurezza in sede di offerta.

La ricorrente ha altresì chiesto che sia accertato il proprio diritto ad ottenere l'aggiudicazione della gara.

Nell'ambito del giudizio per revocazione si è costituita la SAV s.p.a. la quale ha concluso nel senso dell'inammissibilità o dell'infondatezza del ricorso.

Si è altresì costituita la Mattioda s.p.a. la quale ha a propria volta concluso nel senso dell'inammissibilità o dell'infondatezza del ricorso per revocazione.

Con ordinanza 31 luglio 2017, n. 3805 la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha nuovamente sospeso il giudizio e ha rimesso a questa Adunanza plenaria alcune questioni interpretative inerenti la richiamata decisione del 2015 e che si ritiene qui di riportare *de extenso*:

“(...) 10.1. In primo luogo, il Collegio ritiene opportuno che l’Adunanza plenaria affermi se, ed in quale misura, ai principi da essa enunciati possa applicarsi l’“autorità di cosa giudicata”, e, dunque, in quale misura con riferimento a detto principio, possa ricorrere l’ipotesi revocatoria, di cui all’art. 395 n. 5 c.p.c., una volta che lo stesso risultasse “non applicato” dalla Sezione, che non ha invece disposto ai sensi dell’art. 99, co. 3, Cpa.

Allo steso tempo (ed in eventuale connessione con l’affermazione innanzi sollecitata), il Collegio reputa opportuno che l’Adunanza plenaria affermi, in via generale, se l’interpretazione del principio di diritto da essa enunciato, ove ne sia in discussione la “portata” competa alla medesima Adunanza plenaria, cui il giudice remittente, ove abbia perplessità (ex officio o a ciò sollecitato dalle parti), è tenuto a rimettere la questione, ovvero se tale interpretazione possa essere svolta dalla stessa Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dall’obbligo di cui all’art. 99, co. 3, Cpa.

A favore della prima conclusione, milita la considerazione che, diversamente opinando, la interpretazione resa “a valle” dalla Sezione semplice potrebbe incidere sul contenuto precettivo e nomofilattico del principio enunciato dall’Adunanza plenaria.

A favore della seconda conclusione, militano considerazioni volte ad evitare un eccessivo “ingessamento” del rapporto tra Adunanza plenaria e Sezione semplice, che comporterebbe sia una incisione sensibile dei normali poteri di interpretazione del giudice di rinvio, sia la possibilità di appesantimenti processuali, dovuta a reiterate “navette” tra Sezione ed Adunanza Plenaria.

10.2. In secondo luogo, e con riferimento al caso concreto, il Collegio ritiene che l’Adunanza plenaria possa chiarire se, con l’affermazione del secondo principio di diritto di cui alla propria sentenza n. 3/2015 ed alla luce della formulazione dell’ordinanza di remessione, abbia inteso definire il motivo di ricorso di Safital, da questa riproposto in appello (relativo alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza aziendale), ovvero abbia inteso enunciare un “principio di diritto”, ai sensi dell’art. 99, co. 4, Cpa.

Il che comporta definire:

- se l'Adunanza Plenaria, nell'enunciare il principio di diritto in esame, lo abbia inteso applicabile al motivo di ricorso Safital, intendendolo già esaminato (interpretato) e conseguentemente prospettato dal giudice remittente, il che – una volta enunciato il principio – non renderebbe possibile alcuna ulteriore attività interpretativa del motivo da parte della Sezione semplice (come invece avvenuto con la sentenza n. 1448/2016);

- ovvero se l'Adunanza Plenaria abbia ritenuto di enunciare solo un “astratto” principio di diritto, lasciando poi al giudice remittente (cui il giudizio è restituito) ogni interpretazione in concreto del motivo di ricorso, cui tuttavia applicare il principio da essa enunciato”.

Alla camera di consiglio del 13 dicembre 2017 le Parti costituite hanno rassegnato le proprie conclusioni e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione di questa Adunanza plenaria il ricorso proposto dalla Safital s.r.l. (la quale aveva partecipato alla gara di appalto indetta dalla Società Autostrade Valdostane – SAV s.p.a. per la realizzazione di alcuni lavori e, classificatasi al secondo posto, aveva impugnato dinanzi al T.A.R. della Valle d'Aosta l'aggiudicazione in favore del R.T.I. Mattioda, ottenendone l'annullamento) ai fini della revocazione (per errore di fatto revocatorio e per contrasto con altra sentenza definitiva resa fra le parti) della sentenza di questo Consiglio di Stato n. 1448/2016 con cui è stato respinto l'appello proposto dalla stessa Mattioda s.p.a., ma con una motivazione diversa (e meno soddisfacente) per la ricorrente in revocazione.

2. Il Collegio rileva in primo luogo che i due quesiti formulati dalla Sezione remittente possono essere compendati in quattro interrogativi, i quali possono essere così sinteticamente descritti.

2.1. In primo luogo è stato chiesto di stabilire se alla richiamata sentenza n. 9 del 2015 e- più in generale - ai principi di diritto sanciti da questa Adunanza plenaria possa essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata in relazione alla controversia nel cui ambito sono stati resi.

2.2. In secondo luogo è stato chiesto di chiarire se l'interpretazione di un principio di diritto reso da questa Adunanza plenaria, ove ne sia in discussione la stessa portata, spetti alla medesima Adunanza ovvero se tale attività interpretativa possa essere rimessa alla Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dagli obblighi di ulteriore rimessione di cui è menzione all'articolo 99, comma 3 del cod. proc. amm.

2.3. In terzo luogo è stato chiesto di chiarire se, nell'enunciare il secondo principio di diritto di cui alla sentenza n. 9 del 2015, (relativo all'ammissibilità del soccorso istruttorio per mancata indicazione degli oneri per la sicurezza laddove la presentazione delle offerte in gara sia avvenuta prima della pubblicazione della sentenza n. 3 del 2015), questa Adunanza plenaria abbia inteso definire con valenza di giudicato il relativo motivo proposto dalla Safital s.r.l., ovvero se *“abbia inteso enunciare un ‘principio di diritto’, ai sensi dell’art. 99, co. 4, Cpa”*.

2.4. In quarto luogo è stato chiesto a questa Adunanza plenaria di chiarire se, nel rendere il secondo dei principi di diritto di cui alla sentenza n. 9 del 2015 (dinanzi richiamato sub 2.3), *“lo abbia ritenuto applicabile al motivo di ricorso Safital (...) ovvero se l’Adunanza Plenaria abbia ritenuto di enunciare solo un “astratto” principio di diritto, lasciando poi al giudice remittente (cui il giudizio è restituito) ogni interpretazione in concreto del motivo di ricorso, cui tuttavia applicare il principio da essa enunciato”*.

3. Il Collegio ritiene che ragioni di ordine logico e di corretta tassonomia delle questioni oggetto di decisione inducano a riconoscere priorità di esame al quesito dinanzi richiamato sub 2.3.

E' evidente al riguardo che laddove si ritenesse che la sentenza di questa Adunanza plenaria n. 9 del 2015 abbia definito in *parte qua* il giudizio (e non si sia invece limitata alla sola enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.), neppure vi sarebbe un'effettiva ragione per esaminare gli ulteriori quesiti articolati dal Giudice remittente (quesiti i quali, a ben vedere, presuppongono tutti che tale decisione si sia appunto limitata all'enunciazione di un principio senza assumere una valenza definitivamente decisoria sul punto controverso).

3.1. Il Collegio osserva al riguardo che il quesito deve essere certamente risolto nel senso che la statuizione resa con la sentenza di questa Adunanza plenaria n. 9 del 2015 in ordine all'eseribilità del soccorso istruttorio in caso di mancata indicazione degli oneri per la sicurezza cc.dd. 'interni o aziendali' rappresenti soltanto l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.

Al riguardo è dirimente l'esame testuale della stessa decisione la quale, al punto 5, afferma espressamente che la statuizione ivi recata sub b) rappresenti – appunto – l'enunciazione di un principio di diritto (in quanto tale idonea a definire in *parte qua* il giudizio).

Alle medesime conclusioni si perviene attraverso l'esame del dispositivo della sentenza (ove si fa espresso riferimento alla formulazione *“[dei] principi di diritto di cui in motivazione”*).

E' qui appena il caso di osservare che l'ordinanza di rimessione della Quarta Sezione n. 2707 del 2015 (la quale ha dato luogo all'adozione della richiamata sentenza n. 9 del 2015) non aveva chiesto all'Adunanza plenaria di stabilire se nel caso in esame si facesse questione della mancata indicazione degli oneri della sicurezza piuttosto che di questioni inerenti alla verifica di anomalia, ma aveva piuttosto chiesto di stabilire se i principi di diritto già enunciati con la sentenza n. 3 del 2015 fossero altresì riferibili alle procedure per le quali la fase di presentazione delle offerte fosse esaurita anteriormente a tale pronunciamento e, in caso affermativo, se fosse possibile ovviare all'eventuale omissione attraverso il rimedio del c.d. soccorso istruttorio.

4. Si può ora passare ad esaminare il quesito dinanzi richiamato sub 2.4.

Come si è già osservato, la Sezione remittente ha al riguardo chiesto a questa Adunanza plenaria di chiarire se, nell'enunciare il principio di diritto di cui alla sentenza n. 9 del 2015 (punto 5 della motivazione, sub b)) *“lo abbia inteso applicabile al motivo di ricorso Safital, intendendolo già esaminato (interpretato) e prospettato dal giudice remittente (...) ovvero se l'Adunanza plenaria abbia ritenuto di enunciare solo un “astratto” principio di diritto, lasciando poi al giudice remittente (...) ogni interpretazione in concreto del motivo di ricorso, cui tuttavia applicare il principio da essa enunciato”*.

4.1. Al riguardo il Collegio si limita ad osservare che, una volta chiarito (come si è fatto retro, sub 3.1) che le statuizioni rese da questa Adunanza plenaria con la sentenza n. 9 del 2015 (punto 5 della motivazione, sub b)) si traducono nell'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 cod. proc. amm., non vi è spazio sistematico per ammettere un'indagine circa il maggiore o minore grado di astrattezza del medesimo principio in relazione alle peculiarità del giudizio *a quo*.

La richiamata disposizione codicistica riconosce infatti al Giudice della nomofilachia un'opzione binaria (quella fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio, con rimessione per il resto al Giudice *a quo*) la quale è di per sé idonea ad approntare strumenti di risposta adeguati alle esigenze del Giudice remittente (e alla domanda di giustizia che vi è sottesa).

L'Adunanza plenaria può infatti (secondo uno schema concettuale simile a quello delineato dai primi due commi dell'articolo 384 c.p.c.) decidere l'intera controversia – in particolare laddove non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto – ovvero enunciare il principio di diritto e rimettere per il resto il giudizio alla Sezione remittente, alla quale spetterà, evidentemente, il compito di contestualizzare il principio espresso in relazione alle peculiarità del caso sottoposto al suo giudizio.

Pertanto la richiamata disposizione codicistica (la cui portata è già adeguatamente ampia, come adeguato è il novero dei poteri in concreto esercitabili dall'Adunanza plenaria) non ammette la possibilità – che sembra invece adombrata nell'ordinanza di rimessione – di articolare ulteriormente l'enunciazione del principio di diritto secondo diversi livelli di astrattezza o – correlativamente – di aderenza alle peculiarità della vicenda di causa.

Non si tratta quindi di stabilire se nel caso che qui ricorre l'Adunanza plenaria abbia espresso un principio di diritto di carattere più o meno “*astratto*”; si tratta piuttosto di chiarire che, nell'impostazione codicistica, laddove l'Adunanza plenaria ritenga di poter dettare conclusivamente la regola del caso concreto, potrà (e dovrà) semplicemente avvalersi del potere di integrale definizione della controversia.

E' invece estranea alla *littera* e alla *ratio* del richiamato articolo 99, comma 4 cod. proc. amm. la possibilità – cui sembra far riferimento l'ordinanza di rimessione - di articolare ulteriormente lo strumento dell'espressione del principio di diritto ammettendo una sorta di graduazione applicativa (con espressione di principi dotati - a seconda dei casi - di maggiore o minore attinenza con la *res controversa*).

Laddove infatti si ammettesse una siffatta possibilità, la rimessione nomofilattica di cui all'articolo 99, cit. rischierebbe di perdere i caratteri propri di uno strumento volto a una sostanziale *reductio ad unitatem* e di divenire essa stessa potenziale fonte di interpretazioni variegata e divergenti, con evidente nocimento di quello stesso canone di certezza giuridica cui l'istituto, al contrario, mira.

Nella fisiologica dinamica dei rapporti fra il Giudice della nomofilachia e quello del giudizio *a quo*, a seguito dell'enunciazione del principio di diritto da parte del primo, spetterà a quest'ultimo l'attività di contestualizzazione della *regula iuris* in relazione alle peculiarità del caso concreto, dovendosi in via di principio escludere forme di sostanziale ibridazione fra l'enunciazione di un principio e la definizione di una vicenda puntuale.

5. Il Collegio ritiene a questo punto di esaminare il quesito dinanzi descritto sub 2.1, con cui è stato chiesto di stabilire se alla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2015 e ai principi di diritto in essa sanciti (con particolare riguardo a quello relativo ai rapporti fra omessa indicazione degli oneri per la sicurezza e il soccorso istruttorio) possa essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata in relazione alla controversia nel cui ambito sono stati resi.

Il quesito assume notevole rilievo ai fini della presente decisione in quanto la ricorrente in revocazione lamenta che la sentenza della Quarta Sezione n. 1448/2016 risulti in contrasto con la

sentenza di questa Adunanza plenaria n. 9 del 2015, che avrebbe fra le parti l'autorità della cosa giudicata.

E' evidente che il quesito coinvolge più in generale la questione relativa alla possibilità di riconoscere l'autorità della cosa giudicata in senso endoprocessuale all'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm.

5.1. Il Collegio ritiene che al quesito debba risponderci in senso negativo.

5.2. Si osserva in primo luogo al riguardo che l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non determina nei confronti della Sezione remittente un vincolo di giudicato (a ciò non ostando la motivata valutazione di rilevanza doverosamente operata dalla Sezione remittente ai sensi del comma 1 del medesimo articolo 99).

Ed infatti, l'enunciazione da parte dell'Adunanza plenaria di un principio di diritto nell'esercizio della propria funzione nomofilattica non integra l'applicazione alla vicenda per cui è causa della *regula iuris* enunciata e non assume quindi i connotati tipicamente decisori che caratterizzano le decisioni idonee a far stato fra le parti con l'autorità della cosa giudicata con gli effetti di cui all'articolo 2909 cod. civ. e di cui all'articolo 395, n. 5) c.p.c. .

Come condivisibilmente rilevato dalla Mattioda s.p.a., del resto, la statuizione con cui l'Adunanza plenaria si limita a enunciare un principio di diritto (invece di decidere l'intera controversia) determina effetti evidentemente diversi rispetto a quelli con cui la stessa Adunanza plenaria definisce l'intero rapporto giuridico controverso.

Fra tali effetti non è annoverabile quello (proprio delle statuizioni assistite dalla forza del giudicato) di far stato fra le parti e di costituire parametro di difformità rilevante ai sensi dell'articolo 395, n. 5), c.p.c.

Il vincolo del giudicato può pertanto formarsi unicamente sui capi delle sentenze dell'Adunanza plenaria che definiscono – sia pure parzialmente – una controversia, mentre tale vincolo non può dirsi sussistente a fronte della sola enunciazione di principi di diritto la quale richiede – al contrario – un'ulteriore attività di contestualizzazione in relazione alle peculiarità della vicenda di causa che non può non essere demandata alla Sezione remittente.

5.3. Deve naturalmente pervenirsi a conclusioni diverse nelle ipotesi in cui l'Adunanza plenaria (avvalendosi di un potere decisorio certamente ammesso dall'articolo 99, comma 4 cod. proc.

amm.) si sia avvalsa della facoltà di definire con sentenza non definitiva la controversia, restituendo per il resto il giudizio alla Sezione remittente (se del caso, previa enunciazione di un principio di diritto).

In tali ipotesi il Giudice *a quo* potrà definire con la massima latitudine di poteri decisionali i capi residui della controversia che gli sono stati demandati, restando tuttavia astretto al vincolo del giudicato formatosi sui capi definiti dall'Adunanza plenaria.

5.4. Le conclusioni cui si è pervenuti sono avvalorate dall'esame diacronico circa l'evoluzione delle disposizioni relative alle ipotesi di rimessione all'Adunanza plenaria.

Nel sistema delineato dall'articolo 45 del R.D. 26 giugno 1924, n. 1054 (similmente a quanto già previsto dall'articolo 38 della l. 31 marzo 1889, n. 5992 e, in seguito, dall'articolo 37 del R.D. 17 agosto 1907, n. 638) l'esercizio della funzione nomofilattica risultava inscindibilmente connesso alla devoluzione della funzione decisoria della controversia.

Il secondo comma dell'articolo 45, cit. stabiliva infatti che “la sezione, se rileva che il punto di diritto sottoposto al suo esame ha dato luogo o possa dar luogo a contrasti giurisprudenziali, con ordinanza emanata su richiesta delle parti o di ufficio può rimettere il ricorso all'Adunanza plenaria”.

L'impostazione sottesa alle richiamate previsioni normative era quella per cui l'Adunanza plenaria assommasse in modo sostanzialmente inscindibile funzioni nomofilattiche e funzioni più strettamente decisionali, qualificandosi – a seguito di un'ordinanza di rimessione – al contempo come Giudice del diritto e del fatto.

L'impostazione concettuale in parola risultava confermata (e, per alcuni versi, rafforzata) dall'articolo 73 del regolamento di procedura 17 agosto 1907, n. 642 secondo cui l'Adunanza plenaria, chiamata a dirimere contrasti in giurisprudenza fra le Sezioni del Consiglio di Stato, avrebbe dovuto “*[decidere] su tutte le altre questioni della controversia*”.

Il Codice del processo amministrativo (riprendendo invero una soluzione già a volte anticipata in via interpretativa dalla stessa Adunanza plenaria) ha introdotto previsioni volte a rafforzare la funzione nomofilattica svolta dalla stessa Adunanza plenaria, assimilandola sotto diversi profili a quella svolta dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai sensi dell'articolo 374 c.p.c. e svincolandola dalla coesistente funzione decisoria della controversia devoluta.

Per quanto riguarda il rafforzamento della funzione nomofilattica in quanto tale viene qui in rilievo la previsione di cui all'articolo 99, comma 3 la quale (riprendendo nella sua parte essenziale il contenuto dell'articolo 374, terzo comma, c.p.c.) stabilisce che se la Sezione cui è assegnato il ricorso ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria, rimette a quest'ultima, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso.

Per quanto riguarda, invece, la scissione in senso – per così dire – ‘strutturale’ dell'esercizio della funzione nomofilattica e di quella *stricto sensu* decisoria, vengono in rilievo:

- la possibilità (che è riconosciuta dall'articolo 99, comma 4 e che rileva ai fini della presente decisione) di enunciare il solo principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente;
- la possibilità di enunciare comunque il principio di diritto nell'interesse della legge anche laddove l'Adunanza plenaria dichiara il ricorso inammissibile o improcedibile ovvero dichiara l'estinzione del giudizio.

Il che conferma ulteriormente la coerenza ordinamentale della tesi – qui condivisa – che nega il riconoscimento dell'autorità del giudicato alle pronunce con cui l'Adunanza plenaria si sia limitata a enunciare un principio di diritto senza definire nel merito l'intera controversia.

5.5. Le conclusioni cui si è sin qui pervenuti risultano sostanzialmente coerenti (sia pure nella diversità delle pertinenti norme procedurali) con la giurisprudenza della Corte di cassazione relativa alle sentenze di legittimità che enunciano principi di diritto ai sensi dell'articolo 384 del cod. proc. civ. .

E' stato stabilito al riguardo che le sentenze di cassazione con rinvio non costituiscono giudicato, potendosi quest'ultimo formare soltanto sulla sentenza che decide definitivamente la causa nel merito (*ex multis*: Cass. Civ., 12 settembre 2014, n. 19301; *id.*, 12 agosto 2012, n. 13873).

Le richiamate considerazioni risultano altresì coerenti con la giurisprudenza secondo cui il giudicato può formarsi soltanto sui capi della sentenza aventi contenuto decisorio e non anche sui principi di diritto autonomamente considerati (in tal senso: Cass. Civ., 20 ottobre 2010, n. 21561).

5.6. Si osserva poi che, nel caso in esame, la valutazione effettuata (peraltro in modo soltanto implicito) circa la rilevanza della questione relativa alla mancata indicazione degli oneri di sicurezza non costituisce una sorta di anticipato vincolo decisorio nei confronti del Giudice remittente, nel senso di imporre a quest'ultimo un insuperabile giudicato endoprocessuale.

Non può invero dubitarsi che, a valle della pronuncia dell'Adunanza plenaria (e laddove quest'ultima non si sia avvalsa del potere di decidere l'intera controversia), il Giudice *a quo* resti nuovamente investito in modo pieno della *potestas decidendi*, ben potendo – ad esempio – apprezzare ai fini decisorii ragioni di improcedibilità, ovvero anche questioni processuali rilevabili d'ufficio.

L'unico vincolo legale posto in modo indefettibile a carico della Sezione rimettente nelle ipotesi di cui all'articolo 99, comma 4, seconda parte del cod. proc. amm. è quello di cui al precedente comma 3 (*i.e.*: l'obbligo di rimettere all'Adunanza plenaria la decisione del ricorso in caso di mancata condivisione di un principio di diritto dalla stessa enunciato).

Non può invece desumersi dal complessivo ordinamento processuale (e contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente in revocazione) una sorta di 'vincolo di rilevanza' derivante dall'enunciazione di un principio di diritto ai sensi del più volte richiamato articolo 99, comma 4 c.p.a.

Ma il punto è che, nel caso in esame, la Sezione remittente non ha disatteso il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria, essendosi piuttosto limitata -nella sua autonomia interpretativa- a definire il giudizio sulla base di un diverso parametro giuridico (quello della riconducibilità della contestata violazione all'ambito della verifica di anomalia) e nel pieno esercizio della propria *potestas decidendi*.

6. Resta ora da esaminare il quesito dinanzi richiamato *sub* 2.2.

Come si è già anticipato, la Quarta Sezione ha domandato al riguardo se l'interpretazione di un principio di diritto reso da questa Adunanza plenaria, laddove ne sia in discussione la stessa portata, spetti alla medesima Adunanza ovvero se tale attività interpretativa possa essere rimessa alla Sezione cui è assegnato il ricorso, esulando tale fattispecie dagli obblighi di ulteriore rimessione di cui è menzione all'articolo 99, comma 3 del cod. proc. amm.

6.1. Al riguardo va in primo luogo precisato che qualunque operazione di riconduzione di una *regula iuris* al caso concreto postula un'attività *lato sensu* interpretativa, risultando tale attività di contestualizzazione incoercibilmente connaturata a qualunque attività decisionale.

Non fa eccezione al generale principio appena richiamato l'attività di contestualizzazione che deve essere necessariamente svolta dal Giudice remittente il quale sia chiamato ad applicare nel caso concreto il principio di diritto enunciato dal Giudice della nomofilachia.

E il fatto che tale attività di sussunzione del caso concreto alla regola generale sia rimesso al Giudice del rinvio è evidentemente connaturato alla stessa scelta legislativa di ammettere che l'Adunanza plenaria non definisca il ricorso ma si limiti a dettare la *regula iuris* che presiederà alla sua definizione.

Si osserva inoltre che, laddove il rapporto fra il Giudice del rinvio e quello della nomofilachia non venisse impostato nei termini appena enunciati, ogni questione di diritto potrebbe dare luogo a un numero indefinito di rinvii interpretativi dal primo al secondo, così come indefinibile a priori è il numero delle ulteriori questioni interpretative che l'enunciazione di una *regula iuris* (per chiara che sia) è idonea a determinare.

7. Per le ragioni esposte ai quesiti formulati dalla Sezione rimettente con l'ordinanza n. 3805/2017 (e dinanzi sinteticamente descritti *sub* 2.1, 2.2, 2.3 e 2.4) deve risponderci enunciando i seguenti principi di diritto:

7.1. L'enunciazione di cui al punto 5.b) della parte in diritto della sentenza di questa Adunanza Plenaria n. 9 del 2015 non presenta carattere decisorio ma rappresenta l'enunciazione di un principio di diritto ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. .

7.2. L'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. deve essere inteso nel senso di rimettere all'Adunanza plenaria la sola opzione fra l'integrale definizione della controversia e l'enunciazione di un principio di diritto, mentre non è predicabile (per ragioni sia testuali, che sistematiche) l'ulteriore distinzione in principi di diritto di carattere astratto e principi maggiormente attinenti alle peculiarità del caso concreto.

7.3. Ai principi di diritto enunciati dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. non può essere riconosciuta l'autorità della cosa giudicata.

7.4. L'attività di contestualizzazione e di sussunzione del principio di diritto enunciato dall'Adunanza plenaria ai sensi dell'articolo 99, comma 4 del cod. proc. amm. in relazione alle peculiarità del caso concreto spetta alla Sezione cui è rimessa la decisione del ricorso.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), enuncia i principi di diritto di cui ai punti 7.1, 7.2, 7.3 e 7.4 della motivazione e restituisce per il resto il giudizio alla IV sezione.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

IL PRESIDENTE

Alessandro Pajno

L'ESTENSORE

Claudio Contessa

IL SEGRETARIO

